

リーガル・リアリズムとアメリカ不法行為法

標 博 行

はじめに

アメリカでは、法に対するとらえ方が20世紀初頭に起こった2つの世界大戦の間に抜本的に変わった。リーガル・リアリズムと呼ばれたこの動きは、従前の法制度を古典的な法思想に基づいたものととらえ、既存の法学方法論を新しいものに置き換えることを目的としたものであった。

この背景には19世紀末の合衆国最高裁判所判決があった。アメリカ合衆国憲法第14修正に定める法の適正手続が、州議会による契約の自由への干渉を制限すると判断したのである⁽¹⁾。アメリカでは19世紀後半の南北戦争以降、産業革命が進行し、資本主義社会が出現した。それに伴う貧困などへの対処のために、多くの社会経済立法が州議会により制定されつつあった。合衆国最高裁判所はこの動向を止めたのである。しかし、既に法を科学的かつ経験的に分類する法思想の発展が見られていた⁽²⁾。裁判官や弁護士たちは、先例から特定の法理を導き出して適用する方法で事案を解決することになった⁽³⁾。法思想史上では19世紀末にはこの方法が実用的なものとして主たる法的判断の方法となってきたのである⁽⁴⁾。また、同時期にはホームズ(Oliver Wendell Holmes)により、法を裁判所による判断の予言ととらえる考えが出現していた⁽⁵⁾。

(1) Chicago, M. & St. P. Ry. Co. v. State of Minn. *ex rel.* R.R. & Warehouse Com'n, 134 U.S. 418, 458 (1890); Reagan v. Farmers' Loan & Trust Co., 154 U.S. 362, 398 (1894).

(2) See, e.g., William E. Nelson, *The Impact of the Antislavery Movement upon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America*, 87 HARV. L. REV. 513, 560 (1974).

(3) See, e.g., Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1, 14 (1915).

(4) William Fisher III, Morton J. Horowitz and Thomas A. Reed, AMERICAN LEGAL REALISM xii (1993).

(5) Oliver Wendell Holmes Jr., *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897).

20世紀になると幾何学のように数少ない法理から多くの詳細なルールを導きだすことを目的とし、法は完全かつ簡潔となると主張するリーガル・リアリズムが出現した⁽⁶⁾。これは、法律問題を政治的に中立な立場で解決できると考える従前の法学理論に対し、懐疑をもって批判する勢力となった⁽⁷⁾。

それでは、この革新主義的な法思想と推定されるリーガル・リアリズムは、実定法にいかなる影響を与えたのであろうか。20世紀初頭は第一次世界大戦、大恐慌、そしてニュー・ディール政策が出され目まぐるしい時代であった。このような時代においては、何らかの私人間の物理的衝突が発生する。この物理的衝突による法的対応は、従前のものと比べていかなる変化を起こしたのか。この衝突は不法行為を意味する。法思想による不法行為法の変化である。リーガル・リアリズムについては、これまでにわが国では多くの紹介と検討がなされてきた⁽⁸⁾。そこで本稿は、以下に専ら

-
- (6) Thomas C. Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 U.PITT. L. REV. 1, 6-28 (1983).
- (7) Morton J. Horowitz, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1870-1960*, 170 (1992). 邦訳として樋口範雄『現代アメリカ法の歴史』216頁(弘文堂、1996)を参照。
- (8) 例えば、前掲樋口範雄・214-248頁、田中英夫「アメリカ法学」伊藤正己・碧海純一・村上淳一編『法学史』・277頁(東京大学出版会、1976)、早川武夫『アメリカ法学の展開』4頁(一粒社、1975)、鶴飼信成『現代アメリカ法学』104頁(日本評論社、1954)などがある。なお、リアリズム法学に関する論文は多い。網羅的ではないがさしあたり、リアリズムを中心に紹介し検討したものとして、船越資晶「リアリズム法学の再検討のために：公私二元論批判」法学論叢第180巻3号1頁(2016)、佐藤正典「アメリカのリアリズム法学(追悼 五十嵐武士先生)」桜美林論考 法・政治・社会第5号27頁(2014)、正木宏長「ニュー・リーガルリアリズムとアメリカ行政法－マイルズとサンステインの挑戦」立命館法学 2012年1号48頁(2012)、徳永賢治「リアリズム法学の一考察」沖縄法学第36号95頁(2007)、浅野有紀・横溝大「抵触法におけるリアリズム法学の意義と限界」金沢法学第45巻2号247頁(2003)、松浦好治「ニュー・ディールとリーガル・リアリズム」アメリカ法1997-2、141頁(1998)、松浦好治「アメリカ型積極国家とリーガル・リアリズム：法哲学の社会的機能」法哲学年報1997年240頁(1998)、八木哲男「J.オースティンとJ.C.グレイ－分析法学とアメリカのリアリズム法学」同志社法学第39巻1・2号93頁(1987)、鶴飼信成「法における常識と非常識－リアリズム法学再考(法と常識－新しく法を学ぶにあたって＜特集＞)」法学セミナー第327号8頁(1982)、岡寄修「リアリズム法学の出現とその背景」明治大学大学院紀要法学篇第18号29頁(1981)、吉田直「カー

焦点を当ててリーガル・リアリズムの不法行為法への影響を考察する。まずリーガル・リアリズム形成の背景を分析し、つづいて誕生段階での議論の中心となるもの、および不法行為研究における議論を検討する。このようにリーガル・リアリズムの基底を探りながら、現在に至る不法行為法制度への影響に考察を加える。

一 リーガル・リアリズム形成の背景

1. 19世紀末から20世紀初頭にかけてのホームズの法思想

20世紀が始まったころの法思想においては、新しい方向性つまり現実
に即して法の在り方を問うことが行われるようになった。南北戦争後に法
を科学としてとらえ、そして絶対的または普遍的なものの存在を否定す
るプラグマティズムに影響された法思想が出現した⁽⁹⁾。その主導者の一人
であったホームズは、1881年にその著書「コモン・ロー(Common Law)」
の中で、法は法的三段論法を用いる論理ではなく、経験であると明言し
たのである⁽¹⁰⁾。裁判官は、同僚の裁判官と政治理論や先入観を共有しな
がら過去の事案を道標にして、経験に基づいて判断を下すと考えたので
あった⁽¹¹⁾。これは18世紀以来の形而上学的な自然法思想からの脱却であっ
た⁽¹²⁾。

ル・ルウェリンのリアリズム法学とアメリカ統一商事法典に関する一考察」一橋
研究 第5巻1号51頁(1980)、丸田隆「リアリズム法学の生成と機能に関する一考
察—現代アメリカ法社会学との接点を中心に」法と政治 第29巻1号127頁(1978)、
Purcell Edward A. Jr.(「両大戦間におけるアメリカ法理学—民主制理論の危機とリア
リズム法学1, 2」アメリカ法 1972-1・1973-1、1頁・1頁(1973)、藤倉皓一郎「ア
メリカ・リアリズム法学の一側面」法哲学年報1965年177頁(1966)、鶴飼信成「リア
リズム法学覚書」法社会学1952年2号98頁(1952)。

(9) 樸博行「世紀転換期におけるアメリカ不法行為法形成を支える制度的背景—大学に
おける専門教育の視点から—」白鷗大学法政策研究所年報第13号155頁(2020)を参照。

(10) Oliver Wendell Holmes Jr., *THE COMMON LAW* 1 (Boston: Little Brown 1923).

(11) *Id.* at 1-2.

(12) Morris Cohen, *Justice Holmes and the Nature of Law*, 31 COLUM. L. REV. 353, 356
(1931).

さらに1897年にホームズは、「法の方角(The Path of the Law)」において経験から法を見ることを具体化させて、法学の目的が司法判断を予言(prediction)することであると主張した。裁判所の判断を正確に予言して普遍化することが法学であるにとらえたのである⁽¹³⁾。

ホームズは、ここで法と道徳との相違を強調した⁽¹⁴⁾。そして、法の目的が不本意に発生した社会問題を解決するものであるにもかかわらず、裁判官はそれを実行する義務を果たしていないと指摘した⁽¹⁵⁾。そこで彼は、契約を遵守することを、遵守しなかった際に損害賠償の支払いが命じられる予言であるにとらえた⁽¹⁶⁾。契約で発生した義務は当事者の意思の合致という主観的なものではなく、裁判官が契約を認識しその内容に意味を与える客観的なものと主張する⁽¹⁷⁾。不法行為については、鉄道や工場などの事故では損害賠償が運賃や製品価格に跳ね返り、一般大衆がそれを支払わなければならないとなる予言である⁽¹⁸⁾。つまり、過失による不法行為を考察するには、裁判官はこの社会負担の程度を考慮すべきなのである。長い時間をかけて発展してきた法体系の目的から、契約法や不法行為法の合理的な解決を導くためには歴史研究が必要であり、これにより知るべき法的ルールの正確な範囲を認識することができると主張したのである⁽¹⁹⁾。

以上述べてきたホームズの法思想は、1905年の合衆国最高裁判所判決であるLochner v. New York⁽²⁰⁾の反対意見で具現化された。本件は、ニューヨーク州法が禁じているにもかかわらず、ビスケットとパンの製造に従事する労働者に60時間を超える労働をさせた容疑で製造所が起訴された事案であった。第1審で罰金刑の判断が下された後、ニュー・ヨーク控訴裁

(13) Holmes, *supra* note 5, at 457-58.

(14) *Id.* at 459.

(15) *Id.* at 467.

(16) *Id.* at 462.

(17) *Id.* at 466.

(18) *Id.* at 467.

(19) *Id.* at 469.

(20) 198 U.S. 45 (1905).

判所およびニュー・ヨーク州最高裁判所で維持され、合衆国最高裁判所に上告された。合衆国最高裁判所は原審判断を破棄した⁽²¹⁾。本件はニュー・ヨーク州法が雇用者と被雇用者との間の雇用契約を結ぶ権利を侵害し⁽²²⁾、州が適正な手続(due process)を行うことなく人から生命、自由、または財産を奪うことを禁ずる合衆国憲法第14修正に違反していると判断したのである⁽²³⁾。

この判断に対してホームズは、以下の理由を示して反対意見を述べた。まず、州憲法を含め州法が契約の自由に干渉できることは、すでに合衆国最高裁判所の判決で認められている⁽²⁴⁾。次に、合衆国憲法はバターナリズム(家父長主義)やレッセ・フェール(自由放任主義)を具体化する意図をもつものではない⁽²⁵⁾。そして、普遍的な法理が示す大前提よりも微妙な判断または勘が具体的事案を解決している⁽²⁶⁾。これらを踏まえれば、ニュー・ヨーク州法ではなく本判決が第14修正を曲解していると指摘し、一般通常人はニュー・ヨーク州法が労働者の健康を保護する目的をもっていると考えるはずであると述べている⁽²⁷⁾。ホームズの反対意見は、とりわけ自然法または時代を超えた普遍的法理を一律に適用することへの嫌悪ともいうべきものであった。

以上のようにホームズは、法的問題の解決には法理の普遍的適用ではなく、裁判官の勘に委ねることの必要性を述べている⁽²⁸⁾。つまり、ホームズは法を経験的に導かれるものと位置づけ、法の歴史的発展経緯を考慮しながら、個々の具体的事実を直視して法的問題の解決に向かうことを主張したことになる。

(21) *Id.* at 65.

(22) *Id.* at 53.

(23) *Id.* at 63.

(24) *Id.* at 75.

(25) *Id.*

(26) *Id.* at 76.

(27) *Id.*

(28) *Id.*

2. 20世紀初頭のパウンドの法思想

ホームズの採った法学の思考は、後進の法学者たちに影響を与えた。自然法の実定法への過度な影響を排除し、経験に基づいた具体的事案の解決を目的とするものであった。これを踏まえて、1908年にパウンド(Roscoe Pound)は「機械的法学(mechanical jurisprudence)」を提唱した⁽²⁹⁾。自然科学と同様に法学においても先験的、つまりアプリオリな推論を払拭すべきであり、これが機械的法学であると主張したのである⁽³⁰⁾。

19世紀末では鉄道労働者が勤務中にケガを負ったにも関わらず、使用者に法的責任を負わせない判断がなされていた⁽³¹⁾。また20世紀初頭には前述のロックナー(Lochner)判決のため、雇用契約の視点から契約の自由の意味をとらえなおすことが法学の喫緊の課題となっていたのである。

この課題への対応として、1909年にパウンドは「契約の自由(Liberty of Contract)」を発表した。この中で、雇用契約の下では使用者と被用者の権利義務が同じものであると主張したのであった⁽³²⁾。契約を制限なく締結する自由が自然法に基づく自然権であるとする見解について、彼は自由放任主義の経済思想に由来したと考えた⁽³³⁾。また、アメリカ合衆国憲法における契約の自由が自然法思想の絶頂期に規定され、アメリカ法の発展期は個人主義的倫理とアダム・スミス経済学の絶頂期と時を同じくしていたことも指摘した⁽³⁴⁾。そのため自然法は裁判所のコモン・ローの基礎になり、

(29) Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 COLUM. L. REV. 605 (1908).

(30) *Id.* at 608.

(31) 使用者責任を否定する積極的抗弁として用いられたのが「危険の引受け(assumption of risk)」法理である。当該法理は19世紀後半に、ヒラード(Francis Hillard)により、被用者が危険な状態を認識しつつ労務提供を継続していれば、彼は危険を引き受けており、使用者に対して損害賠償請求ができないと理論化されていた。See, 2 F. Hillard, *THE LAW OF TORTS OR PRIVATE WRONGS* 3d ed. 467 (1866). 後になり、1900年にはマサチューセッツ州最高裁判所がLamson v. American Axe & Tool Co. (177 Mass. 144, 145 (1900).)で当該法理を認めている。

(32) Roscoe Pound, *Liberty of Contract*, 18 YALE L. J. 454 (1909).

(33) *Id.* at 456.

(34) *Id.* at 460.

個人主義的な正義観概念が発展したわけである。この歴史認識に立つてパウンドは社会学的方法、つまり当時の労働環境を直視して実務的判断を行うべきであるとする提言を行ったのである⁽³⁵⁾。

20世紀初頭は革新主義(Progressivism)の時代であった⁽³⁶⁾。社会的正義の観念が立法に影響を与えつつあり、それに付随して財産と契約の重要性が説かれるようになっていた。裁判所および弁護士は所得税の課税立法に反対し⁽³⁷⁾、契約の自由が主張されるようになったのである⁽³⁸⁾。パウンドは、このような状況の20世紀になっても18世紀のブラックストン(William Blackstone)の自然法に基づく法学教育がなされており、合衆国最高裁判所の判断すら自然法観念に支配されていると述べた⁽³⁹⁾。裁判官が合衆国憲法を自然法に基づく思想で解していると批判したのである⁽⁴⁰⁾。

翌年の1910年に、パウンドは「書物の中の法と作動する法(Law in Books and Law in Action)」を発表し⁽⁴¹⁾、当時の法学方法論の問題を指摘した。第1が、自然科学で放棄された演繹が法学では未だに行われていることである⁽⁴²⁾。第2が、権利章典を自然権の宣言ととらえ、それを現在の社会立法に強いていると述べ、伝統的な判例法の考えが法科学の基本概念で

(35) *Id.* at 464.

(36) 19世紀末には移民の大量流入で都市化が急速に進み、都市部での貧困などの問題が発生した。これらの問題に対して改革を実現しようとしたのが革新主義である。都市は自主的な解決能力がなく、また政党マシンの支配により政治的腐敗が蔓延していた。そのために政治的革新運動として革新主義が地方の都市部から起こったのである。久保文明『アメリカ政治史』74-78頁(有斐閣, 2018)を参照。

(37) *Id.* at 461.

(38) *Id.* at 462.

(39) その例としてRitchie v. People, 40 N.E. 454 (Ill. 1895). を挙げている。本件はイリノイ州最高裁判所が女性労働者の一日8時間、一週48時間労働を定めたイリノイ州法が合衆国憲法第14修正に違反すると判断した事案である。*Id.* at 462. 本判決は性別による体力的相違を考慮せず、女性の工場での労働時間を制限するのは、一日当たり何時間労働するかを決定する女性の権利を奪うものであり、合理性がないと判断したのである。*Id.* at 459.

(40) *Id.* at 466.

(41) Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910).

(42) *Id.* at 25.

あるとされるようになったことである⁽⁴³⁾。社会学的な正義が、個人の間のみならず社会階級間での公正な扱いを意味しているので⁽⁴⁴⁾、背後にある社会を認識しなければ法思想史は役に立たないことになると警告した⁽⁴⁵⁾。つまり、書物に書かれた法と実際に作動する法は異なるため、従前の法理や思考から離れて人が行為する事実を見て、経済学、社会学、そして哲学から法学を考察すべきであると主張したのである⁽⁴⁶⁾。

1908年以来一貫してパウンドは、法における演繹的かつ自然法のみの思考を排除し、隣接諸科学を参考としながら現実を直視したルール適用を行うべきと考えたのであった⁽⁴⁷⁾。そして、法の目的である正義が個人間のみならず社会での公正な扱いを志向されるべきと主張した⁽⁴⁸⁾。個人的な利益ではなく社会的利益の観点から正義の達成を目指したわけである。

3. パウンド以外の20世紀初頭における法思想

1909年にグレイ(John Chipman Gray)は、コモン・ローが裁判官独自の世間一般の慣習を判断した結果であるにとらえた⁽⁴⁹⁾。そこで、裁判官が先例を変更することは新しい法の創造(create)であり、この新しい法により紛争が判断されるべきであると主張した⁽⁵⁰⁾。判決が先例を確立するか否かは、公の秩序の理念、世間一般の慣習、そして専門家としての意見に影響された裁判官の自由な心理により決せられる。つまり、主権者が命じる法ではなく、裁判官が先例を確立するという意味で法を創造するのであ

(43) *Id.* at 30.

(44) *Id.* at 31.

(45) *Id.* at 34.

(46) *Id.* at 35-36.

(47) *Id.* at 30.

(48) *Id.* at 31.

(49) John Chipman Gray, *THE NATURE AND SOURCES OF THE LAW* 121 (New Orleans; Quid Pro Books 2012) (1st ed. 1909).

(50) *Id.* at 126.

る⁽⁵¹⁾。したがって、カーター(James C. Carter)がいう裁判官による法の発見(discovery)⁽⁵²⁾ではなく、まさに法の創造であると結論づけるのであった⁽⁵³⁾。

グレイが説く裁判官の法創造は、多くの制定法や行政命令が出されている現在から見ると受容できるものではない。しかし、裁判官の心理つまり政治的志向性が判決に影響を与えているという指摘⁽⁵⁴⁾は、実際に合衆国大統領が自らの政治的志向に合致した最高裁判所裁判官を指名している点から見て的を射たものといえる。

1913年にホーフエルド(Wesley Newcomb Hohfeld)は、「法的推論に適用される基本的法概念(Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning)」⁽⁵⁵⁾を発表し、法概念の明確化を主張した。彼は、すべての法的関係が権利と義務の概念に帰すると考えることが法的問題解決の障害となっていると指摘し⁽⁵⁶⁾、これらの概念を反対と相関の視点から分析することの必要性を説いた⁽⁵⁷⁾。そこで、権利という法律用語は厳密な意味での権利ではなく、むしろ一定の事案では特権(privilege)、権限(power)、もしくは免責(immunity)をも意味し、義務と相関する語になると述べた⁽⁵⁸⁾。そして特権は義務と逆の意味であり、無権利(no-right)と相関

(51) *Id.*

(52) James C. Carter, *The Ideal and the Actual in the Law*, 24 AM. L. REV. 752, 758 (1890).

(53) Gray, *supra* note 49, at 128.

(54) *Id.*

(55) Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 YALE L. J. 16 (1913).

(56) *Id.* at 28.

(57) ホーフエルドは以下のように、反対語と相関する語を分析してまとめている。

| | | | | |
|----------|---------------|--------------|----------------|----------------|
| 法的な反対語 | 権利 rights | 特権 privilege | 権限 power | 免責 immunity |
| | 無権 利no-rights | 義務 duty | 無能力 disability | 責任 liability |
| 法的に相関する語 | 権利 right | 特権 privilege | 権限 power | 免責 immunity |
| | 義務 duty | 無権利 no-right | 責任 liability | 無能力 disability |

Id. at 30.

(58) *Id.* at 31.

する意味をもつものであると結論づけたのである⁽⁵⁹⁾。つまりホーフエルドは法概念の混乱を実証し実務の向上を目的とした。彼は裁判官にここで示した法概念を指針にした具体的事案の判断を促したわけである。

1900年代から1910年代にかけてアメリカにおいては、法を歴史的発展の考慮の下で演繹的かつ自然法のみの思考を排除して経験的に導かれるものととらえ、個々の具体的事実を直視して法的問題の解決に向かうことを主張する思想が芽生えていたのである。その思想的発展過程の中で法的問題の解決のための司法による法創造が説かれ、そこで用いられる法概念の明確化も図られたのであった。

二 リーガル・リアリズムの論争と不法行為法

1. パウンドとルウェリンの間での論争

リーガル・リアリズムと称するアメリカ法における動向が見えたのは1930年代であった。この端緒となったのは、ルウェリン(Karl Llewellyn)とパウンドの間の論文の応酬であった。1930年にルウェリンは、「リーガル・リアリズム—次の段階(A Realistic Jurisprudence – The Next Step)」⁽⁶⁰⁾と題する論文の中でパウンドを批判した。パウンドが哲学や政治学そして倫理学的な見解を中心にすえて、法の目的と原則(precept)を考慮していると述べたのである⁽⁶¹⁾。法の観念のためにこれらの学問を排除するのではなく、入れたところに問題があると批判したのである⁽⁶²⁾。

ルウェリンは、上記の論文の中でパウンドに対して以下のように述べている。実体法上の権利は救済から独立したものであるため、損害賠償の訴えの中に存在するものではない⁽⁶³⁾。原則、ルール、そして権利は曖昧なも

(59) *Id.* at 32.

(60) Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence - The Next Step*, 30 COLUM. L. REV. 431 (1930).

(61) *Id.* at 433.

(62) *Id.*

(63) *Id.* at 438.

のであり、それを中心にして法を検討すれば、法的問題への明瞭な考察を妨げる⁽⁶⁴⁾。法と社会の関係は行動に現れるが、これが最も重要である。言葉が重要となるのは、作用または他の行動に影響を与えた場合である。そこで、権利やルールは恒常的な作用の面で検討されるべきである⁽⁶⁵⁾。伝統的な方法は言葉を中心に考察を加えていたが、裁判実務の視点からその意味をとらえるべきである⁽⁶⁶⁾。しかし現実的(realistic)といえる方法は、裁判官の行動ではなく、人々が法と考えるものを対象に検討しているかということである⁽⁶⁷⁾。この裁判官の態度は職務を通して他の者に示されるものである⁽⁶⁸⁾。裁判官の態度は社会の仕組みによって影響される。それから離れたところに法および社会哲学がある。法は社会そして社会にいる人に関係するものであるが、社会の中心ではなく周辺に存在している⁽⁶⁹⁾。

パウンドはルウェリンの批判に対して、「リーガル・リアリズムへの呼びかけ(The Call for a Realist Jurisprudence)」⁽⁷⁰⁾の中で、19世紀の分析法学や歴史法学を学んだ者が、新しい世代の法学者を評価していることに言及した⁽⁷¹⁾。しかし、新しいと主張されるリーガル・リアリズムの動向は新しいものではなく⁽⁷²⁾、幻想であると述べた⁽⁷³⁾。そこで彼は以下の通りリアリストの思想を分析し、その特徴を示したのであった。まず、リアリストの一般的傾向を指摘した。新しいリアリストと称する者は、経験に裏打ちされた新しい考えを表明するものではないため、あくまでも現実にあるす

(64) *Id.* at 442.

(65) *Id.* at 443.

(66) *Id.* at 448.

(67) *Id.* at 462.

(68) *Id.* at 464.

(69) *Id.* at 465.

(70) Roscoe Pound, *The Call for a Realist Jurisprudence*, 44 HARV. L. REV. 697 (1931).

(71) *Id.*

(72) 哲学上のリアリズムと区別するためにパウンドは新しいリアリズム(neo-realism)と呼んでいる。1 R. Pound, JURISPRUDENCE 247-50 (1959). なお、前掲注8田中英夫・277頁注26も新リアリズムという名称について言及している。

(73) Pound, *supra* note 70, at 698.

すべての法学上の概念を拒絶しているというのである⁽⁷⁴⁾。絶対の現実が存在しないため、何と関連するのが重要である。そこで、信頼できる法学の資料を使って受け継がれた概念を探究し、法理と法思想を考察すべきである。法的命令の現実を忠実に描写し、またこれらの現実に関する知識を構成して法科学を確立することが必要であると主張した⁽⁷⁵⁾。

次にパウンドは、新しいリアリストたちが法学的に重要なことを先入観で決定した上で、心理学や歴史学などを用いていることを指摘した⁽⁷⁶⁾。これを含め、新しいリアリストの著作から最近のリアリズムの考えとして、以下の5点を示した。第1が、大量の数字が重要であると信じていることである。これが重要であるかは不明である⁽⁷⁷⁾。第2が、一定の方法つまり用語法を重要視していることである。正確な用語法と正しい用語の意味は虚偽問題から真の問題を区別するだけであり、法学上の基本的な問題を解決するものではない⁽⁷⁸⁾。第3が、心理学を通じることが唯一の有効な方法であると考えていることである。しかし、心理学のいかなる理論も非科学的で幻想に過ぎない⁽⁷⁹⁾。第4が、司法判断を全体的にではなく単一の事案から見て、その結果を主張していることである。彼らは多くの司法判断がルール、原理、概念、そして法理に対応していないと考えていると推定できる⁽⁸⁰⁾。第5が、新しいリアリストたちは、法を商業目的の装置であると理解していることである⁽⁸¹⁾。純粋に機能的な視点に立てば、法は社会目的を達成するものであり、商工業を目的とした装置を提供するのはそのうちの一つである⁽⁸²⁾。

(74) *Id.*

(75) *Id.* at 699.

(76) *Id.* at 700.

(77) *Id.* at 701.

(78) *Id.* at 702.

(79) *Id.* at 705.

(80) *Id.* at 707.

(81) *Id.* at 708.

(82) *Id.* at 709.

1931年にルウェリンは、「リアリズムに関するいくつかのリアリズム—パウンド法科大学院長への返答(Some Realism About Realism- Responding to Dean Pound)」⁽⁸³⁾で、パウンドの示したリアリストに対する分析への反論を行った。これを行うにあたりまず彼は、リアリストであると指名した20名と彼らが公表した90の関連著作を選びだし、パウンドが示したリアリストの特徴的な5つの点を検証した⁽⁸⁴⁾。その結果、リアリストと呼ばれる者の学派はないが、法の思想および作用についての共通の性質があると述べたのである⁽⁸⁵⁾。

彼はこの共通の性質が以下の通り9点あることを示した。第1が、流動的な法と司法による法創造を指向することである。第2が、目的それ自体ではなく社会目的としての法観念をもっていることである。第3が、社会の急速な流動に対応していることである。第4が、法の研究のための「ある(存在)」ことと「べき(当為)」ことを一時的に分離することである。第5が、裁判所や人々が実際に行っていることを記述する上で、伝統的な法ルールと法原理への不信をもっていることである。第6が、伝統的なルールが判決を産み出す決定的な要因であるとする理論に不信をもっていることである。第7が、判例をより狭く分類することが効果的であると考えていることである。第8が、法はすべての分野で効果によって評価すべきと考えていることである。そして第9が、第1から第8までの考えに沿って法の諸問題を継続的かつ計画的に解決することである⁽⁸⁶⁾。ルウェリンは、

(83) Karl N. Llewellyn, *Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound*, 44 HARV. L. REV. 1222 (1931).

(84) *Id.* at 1228-33. 検証結果は、パウンドが指摘したリアリストが行う方法の内1点について20名のうち2～3名が該当した。4点については20名の内の2名であり、2点については1名である。検証事項11点については3名が該当している。このように数的に結果を表示した。*Id.* at 1233.

(85) *Id.* at 1233-34.

(86) *Id.* at 1236-38. なお、この部分について検討したものに、森村進「コラム4」森村進編『法思想の水脈』166-167頁(法律文化社、2016)がある。

第4、第6、第7、第8、そして第9がリアリストの動向として顕著なものであると述べている⁽⁸⁷⁾。彼がとらえたリアリストとは、伝統的な法思想から離脱し、法を当為命題ではなく存在と考え、その効果により評価するプラグマティックな法観念をもつ人であったわけである。つまり、彼はホームズ以来のプラグマティックな法観念を継受したことになる。

それでは、ルウェリンがホームズを継承したパウンドに論争を挑んだ理由は何か。パウンドは、法学での演繹的思考と自然法のみを思考を排除し、司法判断が隣接諸科学を参考としながら、現実を直視してルールの適用を行うべきと考えていた⁽⁸⁸⁾。そして具現化された社会的正義である社会的利益を法判断の枠組みとして提示しようとした⁽⁸⁹⁾。これらの点についてルウェリンは批判していない。彼は伝統的な法原則が判決を生み出す唯一の要因であると位置づけず、判例を詳細に分類し法は効果に照らして評価されるべきと考えたわけである。この思考はまさにリアリストの特徴であり、パウンドの主張とも重複するものである。これらに加え、ルウェリンは伝統的なルールへの不信を主張する。つまり準則懐疑(rule skeptic)のみがパウンドとルウェリンの対立点であったのである⁽⁹⁰⁾。しかし、準則懐疑の相違だけが理由でルウェリンがパウンドに挑んだ訳ではないであろう。なぜなら、最初から準則懐疑を挙げてパウンドに挑んでいたのであれば、それはルウェリンの偽らざる主張となるが、ルウェリンが準則懐疑をリアリストの特徴として挙げたのは、パウンドからの反論を受け

(87) *Id.* at 1238.

(88) Pound, *supra* note 73, at 30.

(89) *Id.* at 31.

(90) 準則懐疑に対応するものには事実懐疑主義があり、これはジェローム・フランク(Jerome Frank)の立場であるとされている。この立場であれば、事実は確信されず、判決の予言も不可能であることになる。ジェローム・フランク著、棚瀬孝雄、棚瀬一代訳『法と現代精神』177頁(弘文堂、1974)を参照。したがって、裁判官が判断するのは勘によると考えられている(166頁)。そこで、この立場からは法的確実性は存在しないものととらえられたのである(338頁)。なお、フランクはホームズを評して完全な大人の法律家であると述べている(350頁)。

て発表した1931年の論文であったからである。まさに今回のルウェリンによるパウンドへの挑戦は、有名な法学者に抵抗を試みるだけであったといえよう。彼の挑戦が始まる以前の1920年に有名な冤罪事件であるサッコとヴァンゼッティ事件⁽⁹¹⁾があった。パウンドが沈黙を貫いたのに対して、ルウェリンは当該事件を判断したマサチューセッツ州裁判所をラジオ放送で非難している⁽⁹²⁾。このようなところで既に二人の間には対立が芽生えていたのかもしれない。

2. リーガル・リアリズムと不法行為法研究—グリーンとボーレンとの議論

1930年初頭のリーガル・リアリズム勃興期を挟んで、不法行為を専門とする二人の学者がいた。それがグリーン(Leon Green)と、ボーレン(Francis H. Bohlen)である。

グリーンは、1915年に損害賠償法の授業の担当者として教職に就き、19世紀に発展した過失による不法行為訴訟を研究対象とした⁽⁹³⁾。彼が研究生活を開始する1915年までに、不法行為法の問題は不公平な取引や著作権違反、さらに家庭内暴力の事案にまでその対象が広範になっていた⁽⁹⁴⁾。この要因は、会社や政府の支援により社会と企業行動の研究が深化した結果であり、また十分な能力を備えた弁護士の増加に比例して不法行為訴訟も増加したからである⁽⁹⁵⁾。この状況下で、科学の発達による事故の多発と不法行為事案の増加、そしてプライバシーの権利といった人に対する尊厳

(91) 1920年にマサチューセッツ州で強盗殺人事件が発生し、イタリア移民男性のサッコ(Nicola Sacco)とヴァンゼッティ(Bartolomeo Vanzetti)の二名が逮捕され1921年に公判で死刑判決が下された。彼らはアナーキストで、第一次世界大戦中には徴兵を拒否していた。逮捕は物的証拠がないままなされ、裁判当初から偏見による冤罪との疑惑があった。1927年に助命嘆願が棄却され、死刑が執行されている。

(92) Fisher, *supra* note 4, at 50.

(93) Leon Green, *Fifty Years of Tort Law Teaching*, 61 NW. U. L. REV. 499 (1966).

(94) *Id.* at 501.

(95) *Id.* at 501-502.

が認識されるようになった⁽⁹⁶⁾。グリーンの研究方針は、社会発展と不法行為法の関連性、そして人に対する尊厳性が一体となったものであった。これを踏まえて、彼は主たるテーマを救済法と民事手続とし、法の抽象的概念ではなく法ルールの履行を重要視する、いわば伝統を打破する改革主義者として位置づけられたのであった⁽⁹⁷⁾。

リーガル・リアリズムの勃興期の1930年までにグリーンの研究生活は成熟期を迎えようとしていたことになるが、この間に行った研究は以下の通りであった。1920年代には過失による不法行為のうち近因と義務を主たる研究対象としていた。1927年には著書「近因の理論的根拠(Rationale of Proximate Cause)」⁽⁹⁸⁾と1929年には論文「過失による不法行為事案での義務を巡る問題(The Duty Problem in Negligence Cases)」⁽⁹⁹⁾をそれぞれ公表した。彼の関心の中心は人身損害で派生する諸問題についてであった⁽¹⁰⁰⁾。

「近因の理論的根拠」の中でグリーンは、不法行為法事案には複雑な事実関係があることを指摘した⁽¹⁰¹⁾。複雑な事実関係を原因にして法的な問題が複雑化するのを回避するため、近因を単純化する必要性を説いたのであった⁽¹⁰²⁾。また、近因が当事者の利益保護を目的とするため、陪審ではなく裁判所に不法行為事案での近因判断が委ねられるべきであると主張した⁽¹⁰³⁾。グリーンの主眼は、近因の概念を明確にして理論化を図るのではなく、むしろ現実の裁判の中で陪審と裁判官の役割を区分し、過失による不法行為事案を機能的に解決することに向けられていた⁽¹⁰⁴⁾。

(96) *Id.* at 502-503.

(97) G. Edward White, *TORT LAW IN AMERICA: AN INTELLECTUAL HISTORY* 75 (1985).

(98) Leon Green, *RATIONALE OF PROXIMATE CAUSE* (1927).

(99) Leon Green, *The Duty Problem in Negligence Cases*, 28 COLUM. L. REV. 1014 (1928).

(100) Leon Green, *Relational Interests*, 29 ILL. L. REV. 460, 490 (1935).

(101) Green, *supra* note 98, at 2.

(102) *Id.* at VI.

(103) *Id.* at 77.

(104) White, *supra* note 97, at 77.

グリーンは、当時の理論的状況を踏まえて、裁判により機械的に示されるものが法であると説いた。まずパウンドが示した①法原則、②法原則を適用する際の解釈、③哲学的、政治学的、そして倫理学的理念を、法の構成要素とする考え⁽¹⁰⁵⁾に言及した。そして、ウィグモア(John Henry Wigmore)が指摘した、法が一連の判決から由来する統一的かつ規則的な性質をもつものであり、裁判所により実現される法が人の行為についての関係を示すルールであるとする考え⁽¹⁰⁶⁾に目を向けた。これらを考慮した上で、判決を通じて行為を制御する司法権力は、それを行使する裁判所機能とともに明らかにされており、司法権力を通じて法概念が一般的には機械的に導かれるととらえたのである⁽¹⁰⁷⁾。つまり彼は、ニュー・ディール政策を支持し、絶えず変化する法制度、概念法学への精力的な批判、そして個々の事案の独立性を確信する研究者であったのである⁽¹⁰⁸⁾。

ボーレンは、グリーンと不法行為訴訟を巡って対立した。ボーレンはグリーンよりも約20歳年長であり、社会学的法学の動向が生まれる以前の1901年より研究を続けていた。1923年には、アメリカ法律協会(American Law Institute)が編纂していた不法行為リステイトメントのリポーターに選ばれ、当時の不法行為法研究の第一人者であった。リアリストと呼ばれた者から見ると、当時のアメリカ法律協会は現実から遠く離れて19世紀の法概念を信頼しながらリステイトメントを編成している組織と映った⁽¹⁰⁹⁾。同協会が編成するリステイトメントの目的は、第一人者と呼ばれる学者が最善ととらえた法原理を秩序立てて論理的に統一することであった⁽¹¹⁰⁾。この考えは最善の法原理を追求することであり、19世紀の概念的な法思想と軌を一にしていたため、リアリストたちは第一人者とされる学者が集

(105) Roscoe Pound, *The Theory of Judicial Decision*, 36 HARV. L. REV. 641, 645 (1923).

(106) John Henry Wigmore, SELECT CASES ON THE LAW OF TORTS, App. A, § 2 (1912).

(107) Green, *supra* note 99, at 1015.

(108) *Id.* at 1015-16.

(109) Thurman W. Arnold, *Leon Green: An Appreciation*, 43 ILL. L. REV. 1, 3 (1948).

(110) *Id.*

まって協議したものを法であるとは到底考えなかったのである⁽¹¹¹⁾。一方でボーレンは、法学者および実務家が裁判所の発言よりも法の行動を見るべきであるとするグリーンの考えに同意したが⁽¹¹²⁾、法を機械ととらえることは今日の社会的必要性に対応していないと反論した⁽¹¹³⁾。

ボーレンとグリーンの間では激しい議論が繰り返された。ボーレンは、リアリストが法的判断における勘の余地を認めていることにふれて、勘を用いる場面が拡張される懸念を示したのであった⁽¹¹⁴⁾。さらにグリーン of 著書「裁判官と陪審(Judge and Jury)」⁽¹¹⁵⁾について、本著が不法行為事案における事実審での裁判官と陪審員の正確な機能を確認することや執行手続に注意する努力がなされておらず、単に法原理と法的ルールに注目し過ぎていると評している⁽¹¹⁶⁾。また、名誉毀損や秘匿特権により免責される発言などの法律用語について、非常に広範な意味が与えられていると批判するのであった⁽¹¹⁷⁾。

ボーレンとグリーンの間での論争はいくつかの不法行為法上の争点で継続した。まず過失責任についてボーレンは、その判定が不法行為の一般法理に基づいてなされるべきであると主張した⁽¹¹⁸⁾。不実表示(misrepresentation)については、他者に行為を促す性質をもつことから、利用目的で土地や動産を他者に移転させることに類似しており、それらの相違が手続的なものに過ぎないと述べていた⁽¹¹⁹⁾。これに対してグリーンは、過失法理が身体や財産に損害を与えた事案を通じて発展してきた事実

(111) *Id.*

(112) Francis H. Bohlen, *Old Phrases and New Facts*, 83 U. PA. L. REV. 305 (1935).

(113) *Id.* at 308.

(114) *Id.* at 310.

(115) Leon Green, *JUDGE AND JURY* (1930).

(116) Francis H. Bohlen, *Book Review*, 80 U. PA. L. REV. 781 (1932).

(117) *Id.* at 782.

(118) Francis H. Bohlen, *Misrepresentation As Deceit, Negligence, or Warranty*, 42 HARV. L. REV. 733, 746 (1929).

(119) *Id.* at 741.

こそ重要であり、発展経緯が完全に異なる概念に類似性を見出していると反論した⁽¹²⁰⁾。不実表示に関しては、ボーレンは多くの裁判所では不実表示を真実であると誠実に信じた者も不実表示の加害者となり、損害賠償の支払いが命じられていると述べていた⁽¹²¹⁾。つまり、ボーレンは過失によるものも不実表示に含まれると解したのであった。しかしグリーンは、ボーレンが不実表示の成立要件から、サイエンタ(*scienter*)を除去したと批判したのである⁽¹²²⁾。サイエンタとは不実表示であると認識していることを意味する、不実表示の成立要件である⁽¹²³⁾。この批判に対してボーレンは、グリーンこそが過失を原因とする不実表示でも誤ってサイエンタを要件としていると反論したのであった⁽¹²⁴⁾。実際にボーレンは不実表示の訴えが認容される場合を、不注意または不可避免的に不正確なものに限定していたのである⁽¹²⁵⁾。この論争の発生原因は、グリーンが当該記述を過失ではなく故意の不実表示の記述ととらえたことであった。つまり、相互に相手方の主張を熟慮しなかったところに原因があったことになる。サイエンタを巡る論争の中で示されたことは、研究者世代間の意思疎通の不備からくる対立である。非リアリストとリアリストの対立も、あながちこの辺りにあったのではなかろうか。

齟齬のあるボーレンとグリーンの論争から示された別の特徴は、ボーレ

(120) Leon Green, *Deceit*, 16 VA. L. REV. 749, 758 (1930).

(121) Bohlen, *supra* note 118, at 735.

(122) Green, *supra* note 120, at 757.

(123) サイエンタとは故意に近い概念であるが、より広範な内容をもつものである。

①表示内容を実際のものではないことを知っている、②表示内容の正確さに確信をもてない、そして③根拠のない表示内容であることを知っている場合のいずれにも該当するものとされている。これが明示されたのは、1977年の不法行為リステイメント第2版であった。See, RESTATEMENT (SECOND) OF THE LAW TORTS § 526(1977). なお、サイエンタについては、樸博行『アメリカ民事法入門第2版』221-222頁(勁草書房、2019)を参照。

(124) Francis H. Bohlen, *Should Negligent Misrepresentations Be Treated As Negligence or Fraud*, 18 VA. L. REV. 703, 711 (1932).

(125) Bohlen, *supra* note 118, at 733.

ンの執拗な反対論への抵抗である。同僚からは、彼は極めて神経質で向こうみずといえる性格であり⁽¹²⁶⁾、彼の意見に反対する者に対して露骨に反感を示すとともに、ごまかすことなく直截的に表現することもあったと評されていた⁽¹²⁷⁾。また彼は凡庸さを受け入れることはなく、愚かな学生には容赦しなかったともいわれていた⁽¹²⁸⁾。さらに、批判を容易に受け入れることはなく、かなり短気な性質であったとも回顧されている⁽¹²⁹⁾。グリーンが対立した相手がボーレンではなく、相手の主張を一旦受け入れて争点を分析するパウンドや別の研究者であれば、異なった議論が展開されて不法行為研究のさらなる発展がのぞめたのではなかろうか。

三 リーガル・リアリズムの不法行為法への影響

1. 近因への貢献

19世紀末に至るまで、因果関係とりわけ近因(proximate cause)に関しては、概念を追求することが焦点であった。つまり、過失による不法行為法での定義を目的として議論されたのである⁽¹³⁰⁾。不法行為法研究者が、原因と結果の事実に関連する事実的因果関係と責任範囲を確定する近因(近似的因果関係)とを区別して、本格的に近因の機能を考察し始めたのは、過失による不法行為が理論的に成立した以降の19世紀末であった⁽¹³¹⁾。1893年にエィムズ(James B. Ames)とスミス(Jeremiah Smith)の共著による「不法行為法判例選集(Selection of Cases on the Law of Torts)」⁽¹³²⁾が刊行され、初めて因果関係とりわけ近因が、過失による不法行為との関係で重点的に

(126) William Draper Lewis, *Francis Hermann Bohlen*, 91 U. PA. L. REV. 377, 380 (1943).

(127) *Id.* at 382, 384.

(128) Laurence H. Eldredge, *Francis Hermann Bohlen*, 91 U. PA. L. REV. 387, 391 (1943).

(129) *Id.* at 392.

(130) 因果関係とりわけ近因理論の19世紀以降の発展過程については、樸博行「アメリカ不法行為法における近因」白鷗法学27巻1号65頁(2020)を参照。

(131) 前掲・73頁以下を参照。

(132) James B. Ames and Jeremiah Smith, *SELECTION OF THE CASES ON THE LAW OF TORTS* New ed. (1917) (1st ed. 1893).

扱われるようになった⁽¹³³⁾。従前では、近因は事實的因果関係判定と同じく、過去から現在に至る自然の流れでとらえられており、遠隔にある関係では成立しなかった⁽¹³⁴⁾。

20世紀に至ると、具体的事案で実際に機能する近因理論が求められるようになった。これを受けて1912年にスミスは、裁判のガイドラインとなるべき理論を構築するために判決の分析を行った。しかし、法的責任を負わせるには被告の違法行為が損害発生の実質的要因であることの証明が必要であると述べるに留まった⁽¹³⁵⁾。スミス以降も数名の不法行為研究者が近因を検討した⁽¹³⁶⁾。そして、1927年にグリーンが発表した「近似的因果関係における理論的根拠(The Rationale of Proximate Cause)」で以下の到達点に達した。裁判所が過失による不法行為損害への救済を与える範囲を確定する目的をもつのが近因であるため⁽¹³⁷⁾、近因の判断は裁判所に委ねるべきであると主張したのであった⁽¹³⁸⁾。近因の判断が妥当な公の秩序(public policy)を考慮せざるを得ないからでもあった⁽¹³⁹⁾。グリーンの著書が刊行された翌年にニュー・ヨーク州最高裁判所で下された近因に関する判決が、*Palsgraf v. Long Is. R.R. Co.*⁽¹⁴⁰⁾であった。本件は、ロング・アイランドにある鉄道駅で発生した。動きはじめた列車に乗り込もうとした乗客を列車乗務員と駅員が援助したところ、乗客の花火が入ったバッグが線路上に落下して爆発した。爆風が反対側のプラットフォームにいた原告に被害を与えたため、原告は鉄道会社に損害賠償を請求した。

本判決を執筆したのがカードーズ(Benjamin N. Cardozo)裁判官である。

(133) *Id.* at 269-319.

(134) 前掲注130樸博行・73-75頁を参照。

(135) Jeremiah Smith, *Legal Cause in Actions of Tort*, 25 HARV. L. REV. 303, 308 (1912).

(136) 前掲注130樸博行・78-79頁を参照。

(137) Leon Green, *RATIONALE OF PROXIMATE CAUSE* 39 (1927).

(138) *Id.* at 40.

(139) *Id.* at 109.

(140) 248 N.Y. 339 (1928). 事件の詳細については、前掲注130樸博行・82頁以下を参照。

彼は、まず原告に権利侵害の証明を求めた。また、侵害行為が特定の誰かに対してのみならず、いかなる者にも違法でなければならないと述べたのである⁽¹⁴¹⁾。次に、相当に(reasonably)認識された危険性が不法行為上の義務の範囲を確定すると付言した⁽¹⁴²⁾。そして、原告は向けられた行為が危険発生可能性を増大させていることを立証しなければならないが⁽¹⁴³⁾、本件ではそれが行われていないとして損害賠償を認めなかったのである⁽¹⁴⁴⁾。

カードozo裁判官は、本判決で近因について言及しなかった。彼が主眼としたのは、いかなる者に対しても違法となる反社会的な侵害行為つまり過失の有無であった。過失は現実の損害に対する特定の行為者の義務違反としてとらえられた。損害発生危険性が相当に認識されるか否かが、行為者の義務範囲を決定する要素となるため、予見不可能な原告と損害は義務対象から除外されることになる。カードozo裁判官は加害者の義務を論理的帰結ではなく現実求め、社会的利益からは是認されるか否かの要素を加えていたわけである。そこで、裁判官が判決に到達するまでの思考プロセスの分析に焦点を当て、裁判官の主体的判断がなされれば社会的利益の実現が図られると説いたのである⁽¹⁴⁵⁾。このパルズグラフ(Palsgraf)判決が端緒となり、以降は近因が公平性や正義など社会的利益を考慮して判断されるようになった⁽¹⁴⁶⁾。そして、現実の損害と加害者の関係で過失が検討されるとともに、一部の管轄地域では過失における近因の重要性が低下したのである⁽¹⁴⁷⁾。またその他の管轄地域では、近因が抽象的な法理という性質から、各々の事案での事実を考慮した正義や政策などが加味されるとの認識に至ったのである⁽¹⁴⁸⁾。

(141) *Id.* at 343-44.

(142) *Id.* at 344.

(143) *Id.* at 345.

(144) *Id.* at 346.

(145) 前掲注8 田中英夫・275-276頁を参照。

(146) *Fowler V. Harper, THE LAW OF TORTS* 258 (1933).

(147) 前掲注130 樸博行・89-90頁、92-96頁を参照。

(148) *William L. Prosser, HANDBOOK OF THE LAW OF TORTS* 319-20 (1941).

2. 精神的損害賠償観念の確立

20世紀になると、19世紀には賠償の対象外とされていた身体的損害を伴わない精神的損害が対象となる傾向が見られるようになった。イングランドでは精神的ショックが医学的に身体に有害であると認識され、裁判所もこれの単独賠償を認めるようになってきていた⁽¹⁴⁹⁾。しかし、同時期のアメリカにおいては、精神的ショックにより発生した損害に対する賠償が単独で認められることはなかった。1903年にケンタッキー州控訴裁判所は *Morse v. Chesapeake & O. Ry. Co.*⁽¹⁵⁰⁾ で、他者の過失で引き起こされた恐怖は、直接の身体的被害、不動産への不法侵入、または何らかの物理的接触がなければ、損害賠償の対象とはならないと判示したのである⁽¹⁵¹⁾。精神的損害は虚偽で装うことが容易であるため、賠償を認めると虚偽の請求により濫訴になるという懸念があったためである⁽¹⁵²⁾。

しかし、精神的損害の単独賠償を否定することに対する強い反対が起こってきた。1920年代には、怯えることが単なる心理的な、つまり精神的苦痛以上のものであるととらえられるようになってきたのである。人が怯えると硬直化して息もつけない状態となる身体的影響が顕在化したためである⁽¹⁵³⁾。しかし、当時の裁判所は依然として精神的損害賠償の前提として何らかの物理的接触を求める立場を変えることはなかった。例えば1916年に第8巡回区連邦控訴裁判所は、身体的損害と直接の関係がなく精神的損害賠償の請求を認めれば多くの不当な請求がなされるという理由で、何らかの物理的接触を伴わない精神的ショックに対して損害賠償を

(149) *Dulieu v. White*, [1901] 2 K. B. 669, 677.

(150) 77 S.W. 361 (Ky. 1903).

(151) この考えは接触ルール(contact rule)と呼ばれており、精神的損害賠償の条件となっていた。なお、この接触ルールについては、樸博行「アメリカにおける過失不法行為での精神的損害賠償－原告が直接の被害者である場合－」白鷗法学 25巻1・2合併号261頁(2018)を参照。

(152) *Id.* at 362.

(153) Herbert Goodrich, *Emotional Disturbance as Legal Damage*, 20 MICH. L. REV. 497, 497-98 (1922).

認めなかった⁽¹⁵⁴⁾。また1923年にはミシガン州最高裁判所も、身体的損害を伴わない精神的損害への賠償を認めると、不法行為損害の範囲を広げることになる⁽¹⁵⁵⁾と述べて、精神的損害の賠償を単独で容認しなかったのである⁽¹⁵⁵⁾。これらの判決の背景には、濫訴防止の考慮に加えて、精神的損害賠償を正確に算定することができないこともあった⁽¹⁵⁶⁾。

この傾向に陰りが見えたのは、1920年代後半から1930年代にかけてであった。ミネソタ州最高裁判所は1926年にJohnson v. Sampson⁽¹⁵⁷⁾で、原因となる行為が直接に精神的被害を発生させれば身体的損害が発生していなくても損害賠償が認められると判断した⁽¹⁵⁸⁾。本件は、公立学校職員が15歳の女子生徒に性的乱暴を目的として身体的強迫を行い、損害賠償が請求された事案であった。本判決は、単なる言葉のみでは強迫に該当しないという理由から身体的強迫の成立を否定したが、性的関係を迫る言葉が故意により精神的損害を発生させたとして賠償を命じる判断を下したのである⁽¹⁵⁹⁾。しかし、1927年にはケンタッキー州控訴裁判所がWalker v. Tucker⁽¹⁶⁰⁾で、身体的損害を伴わない精神的損害の賠償を否定した。本件は、被告が原告を私生児と揶揄したことを名誉毀損であると主張して、実害が発生しなかったにもかかわらず訴えを提起した事案であった。本判決は、人前で原告を私生児と揶揄した被告の発言が、「実害なしに成立する口頭による名誉毀損(slander per se)」には該当しないので⁽¹⁶¹⁾、口頭による

(154) Chicago, B. & Q.R. Co. v. Gelvin, 238 F. 14, 24-25 (8th Cir. 1916).

(155) Alexander v. Pacholek 192 N.W. 652, 653 (Mich. 1923).

(156) William L. Prosser, *Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort*, 37 MICH. L. REV. 874, 875 (1939).

(157) 208 N.W. 814 (Minn. 1926).

(158) *Id.* at 815.

(159) *Id.*

(160) 295 S.W. 138 (Ky. 1927).

(161) 「口頭による名誉毀損(slander)」が成立するには、虚偽で名誉を傷つける表現、その公開、そして実害が必要とされる。しかし、実害が立証できなくても発言が以下の類型に該当する場合に限り、口頭による名誉毀損が実害なしで成立する。その類型とは、拘禁刑となる重大な犯罪または公序良俗違反の背德的行為、性病や伝染

名誉毀損の成立を否定した。本判決は精神的損害賠償を否定したが、その理由が当該賠償を単独で認めないという理由からであった⁽¹⁶²⁾。

ミネソタ州のジョンソン(Johnson)事件は身体的強迫の事案であり、身体損害成立の是非が審理され、ケンタッキー州のウォーカー(Walker)事件は人格を害する不法行為の事案であった。後者の不法行為が身体に直接損害を与えるものではなかったため、このような判断になったと推定できる。一方で、精神的損害賠償を単独で認める主張をする論者が存在した。1922年には、アメリカ法律協会で後に理事となるグッドリッチ(Herbert Goodrich)が、精神的苦痛が身体的苦痛と同じく現実に起こっているものであり、科学的な理解として受容できると述べたのであった⁽¹⁶³⁾。またグリーンが、公共交通機関の事故で引き起こされた精神的ショックの賠償を争った事案では、裁判所は公の秩序を根拠にしてそれを否定する傾向が見えると分析した⁽¹⁶⁴⁾。そして、精神的ショックが単なる過失行為に付随するものではなく、輸送機関の義務違反の直接の結果であると主張したのである⁽¹⁶⁵⁾。

1930年代になると、リーガル・リアリズムの台頭が損害賠償理論に影響を与え、精神的損害に単独で賠償を認める途が芽生えた。リーガル・リアリズムは心理学を法学に応用する視点を主張しており、これはパウンドとルウェリンの論争の争点でもあった。まず、心理学が診断技術の発展により精神的損害を特定し説明する科学として位置づけられた。そして真正な精神の不調と偽りのものとを区分することができると考えられるようになり、精神的損害への単独賠償の途を開いたのであった⁽¹⁶⁶⁾。さらに、精神的ストレス(emotional distress)が、測定不能である個人的な精神の弱さや

病の罹患、職業や専門性への不適合、そして不貞行為である。口頭による名誉毀損とそれに関連する事項については、前掲注123樸博行・236頁を参照。

(162) *Id.* at 139.

(163) Goodrich, *supra* note 153, at 504.

(164) Leon Green, *Fright Cases*, 27 ILL. L. REV. 761, 765 (1933).

(165) *Id.* at 780.

(166) White, *supra* note 97, at 103.

特質ではなく病気と認識されてきた結果、貧困やアルコール中毒などと同様に社会全体が責任を負うべき問題とされたからでもあった⁽¹⁶⁷⁾。

この状況に対応して、身体的損害が精神的ストレスの唯一の原因とはならなくても、有害となるストレスが身体的損害と密接に関連する場合には精神的損害賠償が認められるようになってきた。これを示す例が、1931年にカードーズ裁判官とパウンド裁判官が合意して下したニュー・ヨーク州最高裁判所判決のComstock v. Wilson⁽¹⁶⁸⁾である。本件は、自動車事故で間接的に発生した精神的損害事案であった。原告が運転する車の同乗者は、被告の車に衝突された後、車外に出たところで卒倒し、頭を打ち付けて死亡した。それを目撃した原告は、被告の過失運転が結果的に同乗者を死亡させ、それを見たために精神的ショックを被ったとして精神的損害賠償を請求した。本判決は、精神的ショックが身体的損害から引き起こされた場合には、これらの間に事実的因果関係の連鎖があると述べて精神的損害賠償を認めたのである⁽¹⁶⁹⁾。精神的ショックは、同乗者が頭を歩道に打ちつけた身体的損害と近因であったことがその根拠となったのである⁽¹⁷⁰⁾。

同年にはメリーランド州控訴裁判所がGreat Atlantic & Pacific Tea Co. v. Roch⁽¹⁷¹⁾で、精神的ショックによる精神的損害の賠償を認める判断を下した⁽¹⁷²⁾。本件は、食料品店員が一塊のパンにネズミの死骸を入れ、パンを購入した客がパンの中からそれを見つけて精神的ショックを受けたと主張して提訴した事案であった。また1930年には、アーカンソー州最高裁判所がWilson v. Wilkins⁽¹⁷³⁾において、被告による原告へのリンチの強迫が精神的損害賠償を認める根拠となると判断している⁽¹⁷⁴⁾。以上のように、精神的

(167) *Id.*

(168) 257 N.Y. 231 (1931).

(169) *Id.* at 235-36.

(170) *Id.* at 239.

(171) 153 A. 22 (Md. 1931).

(172) *Id.* at 23.

(173) 25 S.W.2d 428 (Ark. 1930).

(174) *Id.*

ショックを誘発するであろう故意による不法行為事案では、身体的損害の前提なしに精神的損害賠償を認めてきたのであった。

1934年に刊行された不法行為リステイトメント初版は、過失による不法行為を原因とする精神的加害に対して賠償が認められると定めた。436条は、過失行為により結果的に精神的ショックをもたらし、当該行為者に賠償責任を負わせたのである⁽¹⁷⁵⁾。また故意については、目的により類型化された。まず46条は、精神的損害のみを加えようとした者には賠償責任を負わせなかった。しかし、極端かつ常軌を逸した故意による行為によって精神的ショックを与えた者は、当該ショックに対して賠償責任を負うと規定した⁽¹⁷⁶⁾。次に47条は、故意による不法行為で精神的ショックのみが発生した場合と、当該不法行為で身体的損害に精神的ショックが伴った場合に分け、各々の場合で法的効果が異なることを示した。前者では賠償対象から除外され⁽¹⁷⁷⁾、後者では損害賠償算定の要素になると定めたのである⁽¹⁷⁸⁾。この不法行為リステイトメントの動向を受けて、1936年には全米のうち21州で身体的損害を伴わない精神的損害賠償が認められていると報告された⁽¹⁷⁹⁾。

しかし、精神的損害賠償を身体的損害から独立して認めない考えも依然として存在した。後年に第5巡回区連邦控訴裁判所の裁判官になるマグルーダー(Calvert Magruder)は、身体的損害の原因となる接触がなければ救済としての精神的損害賠償が認められないと述べている⁽¹⁸⁰⁾。ただし、わずかでも接触があることを条件に、精神的損害賠償を認めるべきと主張したのであった⁽¹⁸¹⁾。このように身体的損害を前提として精神的損害賠償を認

(175) RESTATEMENT (FIRST) OF THE LAW TORTS § 436 (1934).

(176) *Id.* at § 46.

(177) *Id.* at § 47(a).

(178) *Id.* at § 47(b).

(179) White, *supra* note 97, at 104.

(180) Calvert Magruder, *Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts*, 49 HARV. L. REV. 1033, 1055 (1936).

(181) *Id.* at 1067.

める論者が存在したものの、精神的損害賠償を単独で認める方向性はほぼ確立されていたのである。ハーパー(Fowler V. Harper)とマックニーリー(Mary Coate McNeely)は、精神的損害賠償を認めるための前提として、身体の安全やプライバシーなど精神的ショックから保護すべき様々な法的利益を分類した⁽¹⁸²⁾。そして個々人および社会的重要性に対応してその利益が異なるので、ある一定の分類では精神的損害賠償を認めるべきであると主張したのであった⁽¹⁸³⁾。そして以上の事案を分析して、1939年にプロッサー(William L. Prosser)が、新しい不法行為である故意による精神的加害(intentional infliction of mental suffering)の成立を宣言した⁽¹⁸⁴⁾。精神的損害賠償が身体的損害の不在にもかかわらず認められる、新しい不法行為の理論的提示であった。

3. 不法行為法での厳格責任の類型化

1917年にスミスは、過失による不法行為の事案であっても懈怠(fault)なしに責任を負わせる必要のある特殊な場合があると指摘した。このような事案では懈怠がなくても厳格責任(strict liability)、つまり結果が発生するだけで賠償しなければならない絶対責任(absolute liability)を負わされると主張したのである⁽¹⁸⁵⁾。コモン・ロー上の厳格責任の対象は野生動物や爆発物であったが⁽¹⁸⁶⁾、あくまでも例外的なものと位置づけられていた⁽¹⁸⁷⁾。スミスの主張は、1907年に刊行されたサーモンド(John W. Salmond)の著

(182) Fowler V. Harper & Mary Coate McNeely, *A Re-Examination of the Basis for Liability for Emotional Distress*, 1938 WIS. L. REV. 426 (1938).

(183) *Id.* at 464.

(184) William L. Prosser, *Intentional Infliction of Mental Suffering: A New Tort*, 37 MICH. L. REV. 874, 892 (1939).

(185) Jeremiah Smith, *Tort and Absolute Liability Suggested Changes in Classification II*, 30 HARV. L. REV. 319 (1917).

(186) *Id.* at 329-31. その他に、土地採掘、名誉毀損、火の使用、爆発物の製造と貯蔵、貯水池での水貯蔵に関しては、懈怠を必要とせず絶対責任を負わせるべき事案と述べている。*Id.* at 331-34.

(187) *Id.* at 330.

書「不法行為法：イングランドにおける民事上の損害に関する論説(Law of Torts, a Treatise on the English Law of Liability for Civil Injuries)」⁽¹⁸⁸⁾に依拠していた。サーモンドは不法行為責任を負わせるには以下の2つの条件、①被告の行為により被った損害、②被告の故意または過失による行為、が必要であると述べていた⁽¹⁸⁹⁾。これらの条件を満足しない、つまり故意ならびに過失による不法行為以外の厳格責任を負わせる類型を示したのであった。この類型が対象とする事案とは、①不可避的な事故、②不可避的な誤りによる損害、③他者の不法行為への代位責任であった⁽¹⁹⁰⁾。

1926年にはバーディック(Francis Burdick)は著書「不法行為法(The Law of Torts)」の中で、厳格責任が特有な責任(peculiar liability)と名づけられていると述べた⁽¹⁹¹⁾。そして、被告の行為がニューサンスであれば、懈怠を証明することなく特有な責任を負わせる判例があることを指摘したのである⁽¹⁹²⁾。以上のように、リーガル・リアリズムの論争が始まる1930年までに、厳格責任が不法行為法類型として形成されつつあったのである。

1930年以降にはハーパーが、1933年に刊行した著書「不法行為法(The Law of Torts)」で、個人にできるだけ軽い責任を負わせ、また社会全体で不可避的な損害を負担することが厳格責任の目的であると述べている。厳格責任は社会的便宜を考慮に入れた社会工学に影響されたものであるというのである⁽¹⁹³⁾。

不法行為法で出現しつつあった厳格責任という類型が、1930年代以降は社会的便宜の視点から理論化されるようになってきた。個人ではなく、

(188) John W. Salmond, LAW OF TORTS; A TREATISE ON THE ENGLISH LAW OF LIABILITY FOR CIVIL INJURIES (1907).

(189) *Id.* at 7.

(190) *Id.* at 11.

(191) Francis M. Burdick, THE LAW OF TORTS 536 (1926).

(192) *Id.* at 542. なお、ニューサンス(nuisance)とは不動産の利用への有害かつ迷惑で不快感を与える不法行為を指す。ニューサンスについては前掲注123樫博行・231頁を参照。

(193) Fowler Harper, THE LAW OF TORTS 334 (1933).

社会全体が責任負担をするという発想が1930年代に形成されたわけである。後年の1941年にプロッサーは著書「不法行為法便覧(Handbook of the Law of Torts)」の中で、従前に使用されていた絶対責任ではなく厳格責任という用語を用いた。厳格責任が動物、火災、危険な行為に適用されると述べたのである⁽¹⁹⁴⁾。そして複雑化した社会の中で、不可避的な損害の賠償責任を分配することこそ厳格責任の目的であり、その不法行為性を道徳的または社会的な違法性としてではなく社会工学の問題であるととらえていた⁽¹⁹⁵⁾。プロッサーは厳格責任を製造物瑕疵にまで拡大することはなかったが、厳格責任が制定法と判例法のいずれによっても広範に適用されると述べていた⁽¹⁹⁶⁾。厳格責任の製造物瑕疵への適用を将来の課題として残していたのであった。

おわりに

1930年代にホームズの考えをさらに発展させるとともに、カードーズの司法判断の形成過程の分析を推し進めて、法の発展・運用での法ルール役割に根本的な懐疑の念を表明したのが、リアリストと呼ばれる法学者たちであった⁽¹⁹⁷⁾。ホームズによる、法は経験でありまた予言であるとする考えは、認識作用を実際の効果との関連でとらえ、普遍的法理の存在を否定するプラグマティズムに影響されていた。

ホームズの考えを継受して、法理学上の発展を促したのがパウンドであり、またカードーズであった。現行の法理論と法概念の普遍性を否定し、時と場所による社会的条件の下で法的効果の視点から法的ルールをとらえたのである。このような過程から、形而上学から分離した社会事実との関

(194) Prosser, *supra* note 148. at 432-56.

(195) *Id.* at 330.

(196) *Id.* at 466.

(197) 前掲注8 田中英夫・277頁を参照。また、ホームズの考えについては、前掲第一章1節を参照。

係で法原理と法原則を分析する社会学的法学が出現したのである⁽¹⁹⁸⁾。

ルウェリンが示したリアリストの特徴は、存在と当為を峻別すること、伝統的な法原則が判決を生み出す唯一の要因であると位置づけないこと、判例を詳細に分類すること、法は効果に照らして評価されるべきこと、そして以上の視点をもって法の諸問題について持続的かつ計画的に行うことである⁽¹⁹⁹⁾。ここで示されているように、ルウェリンは裁判所の判決を形成するにあたって伝統的な法原則が役に立たないと考えたのである。この点がパウンドとの相違であった。

リーガル・リアリズムとは端的に言えば、現実を懐疑しながら自らの目で見て確かめようとする学問的姿勢である⁽²⁰⁰⁾。法思想というよりもむしろ法学方法論ともいえる⁽²⁰¹⁾。また、単に激動の時代の中での単なる名称に過ぎないとも評されている⁽²⁰²⁾。つまり、リーガル・リアリズムはルウェリンの9つのまとめにも示されているように複数の複雑なメッセージであるため、いくつかの法領域への効果は弱いととらえられていた⁽²⁰³⁾。しかし、リーガル・リアリズムは現代に続く大きな足跡を不法行為法に残した。近

(198) 前掲注8 田中英夫・271-272頁を参照。

(199) Llewellyn, *supra* note 83, at 1236-38.

(200) 伊藤正己、田島裕『英米法』411頁(筑摩書房、1985)。

(201) Grant Gilmore, *THE AGE OF AMERICAN LAW* 138 (1977).

(202) シュリーゲルはリーガル・リアリズムについて、例えばチキン・スープという名称のように自らが選んだ名で呼んでいるものであり、ホームズの発想の懐疑主義や1970年代に起こった批判法学(Critical Legal Studies)との間に類似点と相違点を見出せると述べている。John Henry Schlegel, *The Ten Thousand Dollar Question*, 41 STAN. L. REV. 435, 464 (1989). ツウニングは、リーガル・リアリズムを抽象的な哲学思考とマクロ的な社会理論、そして毎日の社会的な関心事の橋渡しをした功績があると評価している。See, William Twining, *Talk about Realism*, 60 N.Y.U. L. REV. 329, 384 (1985). なお、批判法学についてはさしあたり、松井茂記「批判的法学研究の意義と課題(1)(2)」『法律時報』58巻9号12頁・10号78頁、中山竜一『二十世紀の法思想』127頁(岩波書店、2000)、船越資晶『批判法学の構図——ダンカン・ケネディのアイロニカル・リベラル・リーガリズム』(勁草書房、2011)、見崎史拓「批判法学の不確定テーゼとその可能性(1)(2)(3)—法解釈とラディカルな社会変革はいかに結合するか」法政論集276号199頁、278号153頁、279号193頁(2018)を参照。

(203) Neil Duxbury, *PATTERNS OF AMERICAN JURISPRUDENCE*, 158 (1995).

因理論のとらえかた、精神的損害賠償の確立、そして不法行為法分類の中に厳格責任を入れたことである。リーガル・リアリズムの影響がなければ、これらは成立発展することはなかったのである。

〈2020年度科学研究費基盤研究(C)「実体法を手段とした私人による法実現の比較法的研究－証券関係法と信託法を素材に－」課題番号[18K01342]による研究〉

（本学法学部教授）